



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA CULTURA

1/MinC
449

PARECER Nº 006/2016/CONJUR-MinC/CGU/AGU (8.2)
PROCESSO Nº 01400.040735/2014-30
INTERESSADOS: SCDC/MinC e Secretaria de Cultura do Estado do Ceará
ASSUNTO: Convênio nº 812068/2014

I. Convênio. II. Restos a Pagar de 2014. III.
Necessidade de desbloqueio do Empenho.
IV. Parecer com recomendações.

1. Por meio do Despacho de fl. 447, a Secretaria da Cidadania e da Diversidade Cultural - SCDC solicita a esta Consultoria Jurídica análise e manifestação acerca da minuta de convênio a ser celebrado entre a União, por meio do Ministério da Cultura – MinC (representado pela SCDC) e a Secretaria de Cultura do Estado do Ceará - CE, tendo por objeto a mútua cooperação e colaboração ao Projeto “Rede Estadual de Pontos de Cultura do Ceará/CE” (minuta às fls. 438-445).

2. A execução da proposta está orçada no valor total de R\$ 4.500.000,00 sendo R\$ 3.000.000,00 custeados por este Ministério e o restante de contrapartida da conveniente.

3. Fazem parte dos autos, dentre outros, os seguintes documentos: declaração de contrapartida e respectivo comprovante de disponibilidade orçamentária (fls. 153-157); documentos pessoais e de posse do representante (fls. 147-151); nota de empenho (fl. 112); plano de trabalho (fls. 390-411); termo de referência (fls. 413-421); e pareceres técnicos (fls. 286-289, 381-384, 427-428).

4. Feito este breve relato, passo à análise da consulta, ressaltando que esta se dá em cumprimento ao disposto no art. 11, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, no art. 9º do Anexo I do Decreto nº 7.743/2012, abstraídas as questões de ordem técnica, financeira e vernacular, ou ainda aspectos de conveniência e oportunidade, alheios à missão deste órgão.

5. A Constituição Federal como orientadora da ação estatal, ao garantir o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, prevê o apoio e o incentivo do Estado à valorização e à difusão das manifestações culturais, conforme disposto em seu artigo 215.

6. Por outro lado, verifica-se que a proposta em tela guarda consonância com o art. 216-A, da Constituição Federal (incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012), que trata do Sistema Nacional de Cultura, estabelecendo como princípios deste, entre outros, “a cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural” e “a descentralização articulada e pactuada da gestão, dos recursos e das ações” (CF/88, art. 216-A, § 1º, incisos IV e XI).

7. Entre as disposições infraconstitucionais, o artigo 116, § 1º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, permite a celebração de convênios, acordos e ajustes pelos órgãos e entidades da Administração, com o fim de desenvolver ações de mútuo interesse, atendidas as exigências previstas em seus incisos.

8. Fundamentam, ademais, a presente análise, a Lei n. 12.919/13 - LDO/2014 (já que o empenho foi emitido no exercício de 2014, conforme art. 21 do Decreto n. 93.872/1986); a Lei n. 8.313/91; o Decreto n. 5.761/2006; o Decreto n. 93.872/1986; o

Decreto n. 6.170/2007; o Decreto nº 8.407/2015; a Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU n. 507/2011, e a Portaria/MinC n. 33/2014. O órgão consuinte atesta, ainda, a adequação da proposta ao disposto na Lei n. 13.018/2014.

9. Assim, desde que obedecida a legislação específica e os termos do instrumento proposto estejam aptos a alcançar o objetivo pleiteado, não haverá qualquer óbice de ordem jurídica para a sua formalização.

10. Com relação aos critérios de conveniência e oportunidade, observo que o mérito do Convênio em análise deve ser atestado pela área competente deste Ministério, não cabendo a esta Consultoria imiscuir-se em tal seara. Nesse sentido, a proposta foi analisada pelos Pareceres de fls. 286-289, 381-384, 427-428. Os primeiros impuseram condicionantes, consideradas sanadas pelo último, que se manifestou favorável sem ressalvas à celebração do ajuste.

11. Observo que os recursos a serem repassados por este Ministério são os mencionados na **Nota de Empenho emitida em 2014 (fl. 112), que devem ter sido inscritos em restos a pagar, na forma do art. 68, §1º, do Decreto n.º 93.872/1986.**

12. Como a Nota de Empenho refere-se a recursos do Fundo Nacional de Cultura - FNC, a proposta deve ter sido aprovada pelo Ministro de Estado da Cultura (com prévia avaliação e seleção pela Comissão do FNC), na forma do art. 4º, §2º, da Lei n. 8313/1991, e art. 14, inciso I, do Decreto n. 5761/2006.

13. Ressalto, ainda, que o Decreto nº 8.407/2015, determinou o bloqueio dos restos a pagar não processados dos órgãos e entidades do Poder Executivo federal inscritos até o exercício de 2014 (conforme art. 1º do referido Decreto), sendo cabível o desbloqueio tão somente após cumprido o procedimento estabelecido no art. 2º do referido Decreto. Assim, o **Empenho inscrito em 2014 ainda necessita ser desbloqueado, nos termos do art. 2º do Decreto nº 8.407/2015, o que deve ser providenciado pelo órgão competente em prazo hábil.**

14. Observo, ademais, que o convênio prevê que parte dos recursos a serem repassados por este Ministério pertencem ao exercício de 2016. Portanto, ainda deverá ser demonstrada a disponibilidade orçamentária para esta parte dos recursos, o que deverá ser providenciado previamente à celebração do convênio, conforme art. 12 da Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU nº 507/2011 (salvo se o cronograma de repasse for alterado).

15. Observo que a contrapartida está de acordo com o disposto no art. 6º da Lei nº 8.313/1991 e no art. 12 do Decreto n. 5.761/2006 e que foi juntada aos autos a correspondente declaração, bem como o respectivo comprovante de previsão orçamentária, na forma do art. 24, § 5º, da Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU nº 507/2011.

16. Conforme o inciso XXIV do §2º, do artigo 1º, da Portaria nº 507/2011, termo de referência é documento que deve ser apresentado pelo proponente quando o convênio envolver aquisição de bens ou prestação de serviços e que deve conter o **detalhamento do objeto de cada compra ou contratação acompanhado de justificativa para cada compra ou contratação** e com a indicação do preço, tudo para propiciar a análise dos custos pela Administração. Segundo o artigo 37 da Portaria Interministerial nº 507/2011, o termo de referência deve ser apresentado antes da celebração do instrumento, sendo facultado ao concedente exigi-lo depois, desde que antes da liberação da primeira parcela dos recursos.

17. Consoante os artigos 25 e 39 da Portaria Interministerial nº 507/2011, o **plano de trabalho** deve ser avaliado após a efetivação do cadastro do proponente e antes da celebração do Convênio. De acordo com o art. 25, o Plano de Trabalho deve conter, no mínimo, justificativa para celebração do instrumento, descrição completa do objeto a ser executado, descrição das metas a serem atingidas, definição das etapas ou fases da execução, cronograma de execução do objeto, cronograma de desembolso e plano de aplicação dos recursos a serem desembolsados pelo concedente e da contrapartida financeira do proponente. Conforme dispõe o artigo 26 daquela Portaria, "o Plano de

Trabalho será analisado quanto à sua viabilidade e adequação aos objetivos do programa”.

18. Portanto, a aprovação do termo de referência e do plano de trabalho deve ser oportunamente providenciada, conforme indicado nos itens acima.

19. Vale lembrar que o proponente, como ente público, quando da aquisição de bens e da contratação de terceiros, está adstrito ao disposto nas disposições contidas na Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos e demais normas federais pertinentes (art. 62 da PI 507/2011).

20. Não obstante, com relação aos custos indicados no termo de referência, convém trazer à baila a determinação do TCU dirigida a este Ministério para que atente à compatibilidade entre os valores orçados pelos proponentes e os valores praticados no mercado, *in verbis*:

ACÓRDÃO Nº 3716/2010 – TCU – 2ª Câmara 1. Processo nº TC 006.331/2008-6. 5. Relator: Ministro-Substituto André Luís de Carvalho. (...) 9.5. determinar ao Ministério da Cultura que exerça controle sobre a fase de análise técnica das proposições e de celebração dos instrumentos que disciplinam a transferência dos recursos a título de convênios, acordos, ajustes e instrumentos congêneres, atentando para a compatibilidade entre os valores orçados pelo contratante e os valores praticados no mercado, consoante os arts. 43, inciso IV, e 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, c/c o art. 20 da Portaria Interministerial MP/MF/MCT nº 127, de 29 de maio de 2008;

21. Ressalto que o TCU vem reiteradamente alertando os gestores públicos para a importância da fase de planejamento, pois dela depende a efetividade das fases subsequentes. Assim recomendou o Tribunal no seguinte julgado:

3.2.28 A adequada análise técnica das proposições, certificando-se da consistência dos planos de trabalho, da adequabilidade de seus custos e das condições das entidades convenientes para executá-los, constitui a validação do planejamento da ação a ser executada e é a fase de controle mais efetiva e menos onerosa neste tipo de processo: a antecedente. A efetividade das demais fases, a concomitante (acompanhamento e fiscalização da execução) e a subsequente (avaliação de resultados e prestações de contas) dependem fundamentalmente dos parâmetros estabelecidos na primeira fase. Os fatos descritos neste relatório denotam uma correlação do tipo causa e efeito entre a negligência na primeira fase e as irregularidades praticadas nas demais. (TCU, Acórdão 390/2009 – Plenário) (grifos nossos)

22. Conforme recomendado pela CGU/AGU, no Relatório n. 46/2011-CGAU/AGU, nos convênios cujo objeto envolva a prestação de serviços de assessoria e assistência, de consultoria, de capacitação e promoção de seminários e congêneres, há que se observar as seguintes orientações, contidas no Acórdão TCU – Plenário nº 1331/2008:

“9.1.2. em convênios em que sejam prestados serviços de assessoria e assistência, de consultoria, de capacitação e promoção de seminários e congêneres, seja incluída, entre os elementos obrigatórios dos planos de trabalho, a especificação detalhada das horas técnicas envolvidas, discriminando a quantidade e o custo individual, bem como seja exigida a comprovação da adequabilidade dos custos determinados, especificando a qualificação mínima requerida dos profissionais, bem como, nas prestações de contas, seja incluído o demonstrativo detalhado das horas técnicas efetivamente realizadas, indicando o profissional, sua qualificação, o evento e o local de realização, a data e o número de horas;

9.1.3. sejam especificados, nos termos de convênio, os documentos que deverão ser produzidos pela conveniente, para a devida comprovação do alcance das metas estabelecidas, e os instrumentos e os indicadores que deverão ser utilizados para a avaliação dos resultados efetivamente alcançados, bem como a inclusão, nas prestações de contas, de relatório sintético informando o grau de satisfação dos participantes e/ou beneficiários de cada evento, a ser utilizado como critério de avaliação e de comparação entre futuras propostas apresentadas por convenientes”.

23. Vale lembrar que a liberação de recursos dos convênios no maior número de parcelas possível é a melhor forma de se assegurar a aplicabilidade do disposto no artigo 70 da Portaria Interministerial nº 507/2011 (que prevê a suspensão da liberação de recursos, na eventual ocorrência de irregularidades).

24. Recordo, ainda, a determinação do TCU constante do item 1.5.1, do Acórdão TC-005.335/2005-6 (Acórdão nº 4.656/2008-1ª Câmara), nos seguintes termos: *"a realização de despesas em data posterior à vigência do instrumento somente é permitida se expressamente autorizada pela autoridade competente do concedente e desde que o fato gerador da despesa tenha ocorrido durante a vigência do instrumento pactuado, conforme dispõe o art. 39, inc. VI, da Portaria Interministerial/MP, MF e CGU nº 127/2008"* (art. 52, VI, da Portaria Interministerial nº 507/2011).

25. Nesse sentido, a área técnica deve estar atenta ao prazo de vigência do instrumento, a fim de se evitar possíveis problemas futuros. Vale lembrar que, em caso de Convênio com prazo expirado, não é possível a prorrogação, o que prejudicaria a conclusão do objeto. Por outro lado, a Portaria/MinC nº 33/2014 (alterada pela Portaria/MinC n. 79/2015), permite apenas duas prorrogações por Termo Aditivo.

26. Destaco também a vedação quanto à realização de despesas em data anterior à vigência do instrumento, nos termos do disposto no artigo 52, inciso V, da Portaria Interministerial nº 507/2011. Assim, tem-se por inviável o pagamento de despesas preparatórias ou de eventos já realizados. Ademais, o cronograma físico deve ser atualizado, posto que se encontre defasado.

27. Recomenda-se, também, que se exija, na prestação de contas, demonstrativo detalhado das atividades efetivamente realizadas, inclusive mediante registros audiovisuais/fotográficos contemplando momentos diversos da realização dos eventos previstos, entre outros elementos necessários à formação do devido nexo causal entre os valores transferidos e o objeto do convênio¹. Tal exigência já consta da minuta.

28. A proposta deve guardar sintonia, ainda, com o disposto na Portaria/MinC nº 33, de 17 de abril de 2014, que estabelece regras e critérios para a formalização de instrumentos de transferência voluntária de recursos para apoio à realização de atividades culturais e de projetos de infraestrutura, no âmbito do Ministério da Cultura, com especial atenção ao disposto em seu art. 4º. O Parecer Técnico de fls. 280-281 menciona a observância à referida Portaria.

29. Como o objeto da proposta em tela será executado no ano de 2016 (ano em que se realizam eleições municipais), observo que neste incide a restrição prevista no art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/1997 (Lei Eleitoral), que veda, no ano em que se realizar eleição, *"a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior"*. Logo, convém alertar para o risco de que recursos destinados à distribuição

¹ Nesse sentido manifesta-se o TCU: Assunto: CONVÊNIOS. DOU de 02.10.2008, S. 1, p. 125. Ementa: determinação ao Ministério do Desenvolvimento Agrário para que adote, sob pena de responsabilização do gestor, em relação à aplicação de recursos destinados a cursos de capacitação, repassados mediante convênios ou ajustes afins, procedimentos de fiscalização e acompanhamento específicos, fazendo com que: a) a fiscalização se realize de modo a comprovar a efetiva realização dos cursos; b) os relatórios sejam consubstanciados em evidências, as quais devem ser demonstradas pelo responsável pela fiscalização; c) seja averiguado se o número de participantes e o conteúdo dos cursos estão em conformidade com o Plano de Trabalho; d) a fiscalização seja realizada durante a execução de cada curso e que não se limite a uma única visita; e) faça constar, nos termos de ajustes que vierem a ser firmados com entes particulares, obrigações relacionadas à prestação de contas, estabelecendo, de forma expressa, que: e.1) cabe ao conveniente/contratante o ônus de demonstrar, de forma inequívoca, a boa e regular aplicação dos recursos; e.2) a documentação apresentada nas prestações de contas deve contemplar os elementos necessários à formação do devido nexo causal entre os valores transferidos e o objeto do convênio, e deve conter, dentre outros, os seguintes elementos: e.2.1) relação dos participantes dos eventos realizados, com informações que possibilitem a localizá-los, como: endereço residencial e comercial, telefones, endereço eletrônico, entre outras; e.2.2) relatório fotográfico contemplando momentos diversos da realização do evento (item 1.5, TC-011.981/2007-3, Acórdão nº 3.874/2008-2ª Câmara).

gratuita de camisas, prêmios, bolsas e livros (despesas constantes do termo de referência) sejam vetados pela Justiça Eleitoral, sujeitando os responsáveis às restrições e sanções previstas na Lei 9.504/97.

30. Observo, no entanto, que há manifestações do TSE que afirmam que não se pode equiparar a transferência de recursos com vistas ao fomento da cultura à distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios, sobretudo quando há exigência de contrapartida (ou encargos), hipótese em que estaria descaracterizada a gratuidade da distribuição. Nesse sentido:

"Recurso contra expedição de diploma. Senador. Deputado estadual. Repasse. Recursos financeiros. Entidades públicas e privadas. Fomento. Turismo. Esporte. Cultura. Contrato administrativo. Contrapartida. Gratuidade. Descaracterização. Abuso do poder político e econômico. Ausência de prova. Desprovinimento. [...] NE: Trecho do voto do relator: "Não se pode equiparar a transferência de recursos com vistas ao fomento da cultura, do esporte e do turismo à distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios, sobretudo quando há formalização de contratos que preveem contrapartidas por parte dos proponentes, podendo ser financeiras, na forma de bens ou serviços próprios ou sociais" (Ac. de 24.4.2012 no RCED nº 43060, rel. Min. Marcelo Ribeiro.)

31. Portanto, recomenda-se que a distribuição de bens seja justificada (ou, se necessário, suprimida do projeto, com a glosa das despesas correspondentes), descaracterizando a sua gratuidade e demonstrando que essas despesas são essenciais à execução da proposta.

32. Ainda tendo em vista que o objeto do convênio será realizado em ano de eleições municipais, observo que a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei Eleitoral), em seu artigo 73, inciso VI, alínea "a" veda, nos três meses que antecedem as eleições, realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública. Assim, tal restrição deve ser observada, caso haja atrasos no repasse dos recursos ou na execução do projeto.

33. Por sua vez, o § 3º do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997, determina que as vedações previstas nas alíneas "b" e "c" do inciso VI do referido artigo, ou seja, a proibição de, nos três meses que antecedem o pleito, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviço e campanhas dos órgãos ou entidades públicas, e fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, aplicam-se apenas aos agentes públicos das esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição. Ou seja, em época de eleições municipais, as referidas vedações não se aplicam à administração federal.

34. Contudo, a Advocacia-Geral da União vem recomendando aos agentes públicos federais que tenham cautela na prática das referidas condutas, para não infringir o § 1º do artigo 37 da Constituição, que veda a promoção de autoridades ou servidores públicos em publicidade oficial (vide TSE, RESPE nº 15.663, de 29.02.2000, rel. Min. Eduardo Ribeiro), ou para não fazer propaganda a favor de candidato ou partido político, sob pena de configurar abuso do poder e incidir no disposto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 1990. Assim, recomendo a seguinte redação para a cláusula referente à Divulgação:

CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA – DA DIVULGAÇÃO

(...)

PARÁGRAFO PRIMEIRO. A eventual publicidade dos atos derivados do CONVÊNIO deverá ter caráter meramente educativo, informativo ou de orientação social,

cuidando para que dela não constem informações ou imagens tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre os candidatos nos pleitos eleitorais.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Ficam vedadas às partes as seguintes condutas:

I - utilizar nas atividades resultantes deste Convênio, nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos; e

II - nos três meses que antecedem as eleições, realizar ação de publicidade institucional em quaisquer suportes utilizados como meios de divulgação, como placas, folders, rádio, televisão, internet, jornais, revistas e outras publicações.

35. Com relação ao restante da minuta, observo que esta segue o modelo aprovado pela Advocacia-Geral da União e adaptado por esta Consultoria. Nesses termos, torna-se desnecessária a análise da minuta encartada aos autos, considerando que a minuta-modelo fornecida por esta Consultoria contém todos os requisitos exigidos pela legislação vigente.

36. Observo, no entanto, que o documento juntado à fl. 255 faz menção ao Estado do Ceará como interveniente, o que todavia não se reflete na minuta. Assim, recomendo que a minuta seja revista, para prever a participação do interveniente em seu preâmbulo, cláusula terceira e assinaturas, ou, alternativamente, que seja juntado aos autos o instrumento de delegação de competências, na forma do art. 1º, § 6º, da Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU nº 507/2011.

37. Devem ser observadas pelo Conveniente as vedações constantes do artigo 52 da Portaria Interministerial nº 507/2011 e da LDO vigente no ano do empenho; as regras referentes à liberação de recursos, à contratação com terceiros e aquisição de bens e serviços e aos pagamentos (artigo 54 a 64 da Portaria Interministerial nº 507/2011); bem como demais normas previstas na legislação vigente aplicável.

38. Ao órgão técnico responsável pelo acompanhamento e fiscalização do Convênio, recomendo atenção a qualquer alteração interna do Conveniente e atualização periódica dos dados cadastrais deste, de modo a respeitar o disposto nos art. 10 e 38 da Portaria Interministerial nº 507/2011, bem como a observância aos Capítulos V e VI (Título V) daquela Portaria, que estabelecem as normas relativas ao acompanhamento e fiscalização dos convênios e à prestação de contas.

39. Por fim, observo que deve ser verificada a regularidade do conveniente quando da celebração do convênio, bem como de eventuais aditivos de valor, entendimento este resultante da combinação do artigo 103 da Lei nº 12.249/2010 com o § 1º do artigo 25 da LRF (Lei Complementar n. 101/2000) e constante das Leis de Diretrizes Orçamentárias posteriores.

40. Conclui-se, portanto, pela possibilidade, em tese, de celebração do convênio em exame, desde que atendidas as recomendações apontadas neste Parecer, devendo-se, em síntese, ser adotadas as seguintes providências específicas:

a) a Nota de Empenho deve ter sido inscrita em restos a pagar e deve ser desbloqueada;

b) deve ser demonstrada a disponibilidade da parte dos recursos referentes ao exercício de 2016;

c) o termo de referência e o plano de trabalho devem ser aprovados no SICONV;

d) o cronograma físico deve ser atualizado, posto que se encontre defasado;

e) deve ser revista, na minuta, as cláusulas referentes à divulgação e à participação do interveniente (ou, alternativamente, juntado aos autos o instrumento de delegação de competências);

CONJUR/MinC
452

f) deve ser verificada a regularidade do conveniente quando da celebração do convênio, bem como de eventuais aditivos de valor.

41. Finalmente, vale lembrar que, de acordo com o Enunciado nº 05 do Manual de boas Práticas Consultivas da AGU²: "*não é necessário que o Órgão Consultivo, após expressar seu juízo conclusivo de aprovação acerca das minutas de editais e contratos, em cada caso concreto, pronuncie-se, posteriormente, para fiscalizar o cumprimento das recomendações ofertadas em anterior manifestação jurídica, desde que suas orientações explicitem, se for o caso, os termos das cláusulas que o Advogado Público entenda adequadas*". Assim, não é necessário o retorno dos autos a esta Consultoria, salvo se subsistir dúvida de cunho jurídico.

Isto posto, conforme permite a Portaria/CONJUR/MinC n. 1, de 4/11/2009 (com alterações posteriores), solicito o encaminhamento dos autos à SCDC/MinC, para as providências cabíveis, previamente à análise conclusiva por esta Consultoria.

Brasília, 4 de janeiro de 2016.



DANIELA GUIMARÃES GOULART
Advogada da União

Coordenadora-Geral de Convênios e Editais de Seleção Pública

² O referido Manual é de observância obrigatória pelos membros da AGU, exceto se outra medida for indicada como melhor para o atendimento do interesse público e havendo amparo legal para tanto, conforme art. 1º da Portaria Conjunta AGU nº 01 de 23 de outubro de 2012.

CONJUR/MinC
EM BRANCO